

# 民法改正案における「社会通念」概念の不要性

Criticism on “the idea which is commonly accepted in the society”  
adopted by the draft of revision of civil code of Japan (2015)

2016年1月25日

明治学院大学法学部教授 加賀山 茂

## 目次

I 問題の所在 .....	2
II 民法に法令用語として「社会通念」が採用されることに対する衝撃.....	3
III 裁判における「社会通念」の概念の功罪.....	4
IV 学問として批判すべき対象としての「社会通念」.....	5
V 民法改正案に登場する社会通念の意味とその批判.....	6
1. 錯誤取消しの判断基準としての社会通念 .....	6
2. 善管注意義務違反の判断基準としての社会通念 .....	8
3. 履行不能の定義としての社会通念 .....	10
4. 帰責事由の判断基準としての社会通念 .....	11
(1) 債務不履行における「履行不能」の位置づけ .....	12
(2) 「責めに帰すべき事由」を社会通念に照らして判断することの危険性.....	13
5. 表見弁済受領権限の判断基準としての社会通念 .....	16
6. 特定物の現状引渡しによる免責の判断基準としての社会通念 .....	17
7. 債権者の担保保存義務違反に対する免責の判断基準としての社会通念.....	18
8. 催告解除の可否の判断基準としての社会通念 .....	20
9. 定型約款の有効・無効の判断基準としての社会通念.....	21
VI 結論 .....	22
付録(改正案の修正のための加賀山私案) .....	25
参考文献(50音順) .....	29

## I 問題の所在

「社会通念」という言葉は、制定法を解釈する場合に使われることはあっても、民事法において法律用語として使われることはまれである。

確かに、民事・刑事を問わず、裁判所は、制定法を「社会通念」によって解釈することが多い。特に、刑事法の解釈においては、「社会通念」が多用されている（この点については、[渡辺・違憲審査と社会通念（1993）129-130頁]参照）。

さらに、裁判所が「社会通念」を多用することもあって、2007年に判例の法理を成文化して制定された「労働契約法」では、「社会通念」という概念が、制定法上の法律用語として採用されている。しかし、「労働契約法」が制定されるまでは、民事法において「社会通念」という用語が採用された例は存在しなかった。

ところが、今回の民法（債権関係）改正案（以下では、「民法改正案」、または、単に「改正案」という）においては、「錯誤に基づく取消しができるかどうか」（改正案 第 95 条）、「善管注意義務を尽くしたかどうか」（改正案 第 400 条）、「履行が不能かどうか」（改正案 第 412 条の 2）、「責めに帰すべき事由があるかどうか」（改正案 第 415 条）、「弁済受領権限の外観があるかどうか」（改正案 第 478 条）、「特定物の現状引渡しとして免責されるかどうか」（改正案 第 483 条）、「債権者の担保保存義務違反が免責されるかどうか」（改正案 第 504 条）、「催告による契約解除ができるかどうか」（改正案 第 541 条）、「約款が無効かどうか」（改正案 第 548 条の 2）というように、民法の中でも、最重要とされる九つの問題の解決基準として、「社会通念」という用語が使われている。

「社会通念」という概念は、最高裁大法廷の見解によれば、「個々人の認識の集合またはその平均値でなく、これを超えた集団意識であり、個々人がこれに反する認識をもつことによって否定されるものでない」（最大判昭 32・3・13 刑集 11 卷 3 号 997 頁）とされている。

しかし、「社会通念」という概念は、これとは反対に、「社会通念という言葉そのものは無内容であり、その本質は、裁判官の主観である」（[川井・民法判例と社会通念（1980）25頁]）とも考えられており、裁判所の解釈によっては、一方で、合理性を担保するという有用性を有するものの、他方で、不合理性を権威によって隠蔽し、個人の尊厳、少数意見を抹殺することも可能となる危険な概念でもある（[矢崎・法と社会通念（1972）40頁]、[渡辺・違憲審査と社会通念（1993）133頁]参照）。

このように、「社会通念」という概念は、客観的な合理性を意味する場合にも、裁判官の主観的判断を意味する場合にも登場するというように、最もあいまいな不確定概念である。しかも、上記のように、個人の尊厳や少数意見を抹殺するおそれがあるため、「社会通念」という用語を使った裁判が行われるたびに、裁判官の恣意的判断を助長することがないよう、学者たちは、その意味を確定する作業を通じて、「社会通念」という用語をなるべく使わないようにする努力を続けてきたのである（[奥平・わいせつと社会通念（1979）2-9頁]参照）。

それにもかかわらず、学者がメンバーの大多数を占める法制審議会において、民法の重要な概念であり、裁判で争われることが多いために、裁判官による恣意的判断を予防する必要がある九つの概念（「錯誤」、「善管注意義務」、「履行不能」、「責めに帰すべき事由」、「表見弁済受領権限」、「特定物の現状引渡し」、「担保保存義務」、「無催告解除の要件」、「約款無効」）の判断基準について、不確定概念である「社会通念」が用いられることになったことは、まさに、驚きであり、民法学も、ここまで地に落ちたかと嘆く学者も多いことと思われる。

市民生活の基本法とされる民法において、このような危険な不確定概念が、以上のような最重要概念の定義や判断基準に用いられるに至ったのは、なぜなのだろうか。

この問題の検討を通じて、今回の民法改正の欠陥を明らかにするとともに、その修正の方法を模索するのが、本稿の目的である。

## Ⅱ 民法に法令用語として「社会通念」が採用されることに対する衝撃

民事法において、「社会通念」という用語が採用されたのは、2007年に制定された「労働契約法」が最初である。労働契約法は、それまでの判例の成果を集大成するという方法で立法されたという経緯があるため、判例が文言が、ほとんどそのまま採用されている。

「社会通念」が、制定法の解釈として判決の中で使用することには問題がないとしても、判例によって形成されてきた法理を制定法に移植するに際しては、そのような不確定概念をそのまま使うのではなく、明確な概念に置きなおして規定すべきであったと思われる。

ところが、労働契約法の場合には、その制定が急がれたこともあり、そのような努力がなされず、文言を含めて判例の法理をほとんどそのままに制定法へと移植してしまった。このような事情のため、労働契約法では、「社会通念」という概念が、以下のように、「合理的」(reasonable)と同じ意味で使われている。

### 労働契約法 第15条（懲戒）

使用者が労働者を懲戒することができる場合において、当該懲戒が、当該懲戒に係る労働者の行為の性質及び態様その他の事情に照らして、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合は、その権利を濫用したものとして、当該懲戒は、無効とする。

### 労働契約法 第16条（解雇）

解雇は、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合は、その権利を濫用したものとして、無効とする。

これらの条文の制定のきっかけとなった以下の判例について、その核心部分をよく見てみよう。労働契約法が、以下の判例の法理をほぼそのままの文言どおりに成文化化したことがわかる。

最二判昭 50・4・25 民集 29 卷 4 号 456 頁（日本食塩製造事件）

使用者の解雇権の行使も、それが客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当として是認することができない場合には、権利の濫用として無効になると解するのが相当である。

上記の労働法 **第 15 条**、**第 16 条**で用いられている、「社会通念」という用語は、すべて、「社会通念上相当であると認められない」という文脈で使われており、その意味は、この文言に先行する「客観的に合理的な理由を欠き」という意味を単に繰り返した同語反復に過ぎず、何らかの意味を付け加えるものではない。

たとえば、労働契約法を組み込んだ最新の労働法の教科書によれば、「解雇の客観的に合理的な理由と**社会通念**上の相当性が存在すること」とは、「①解雇の客観的な合理的な理由があり、解雇回避義務を履行してもなお当該解雇の必要性が存在すること（解雇の**必要性・相当性**）、②説明・協議と解雇理由の通知を充足する場合である」と説明している（[川口・労働法（2015）539 頁]）。

このように、研究者は、判例でよく用いられている「社会通念」という最もあいまいな不特定概念をそのまま受け入れるのではなく、上記のように、解雇の「必要性と相当性」、すなわち、解雇の「合理性」（reasonable）というより明確な概念で置き換える努力を重ねているのである。

さらに、労働契約法 **第 19 条**第 1 項で用いられている「**社会通念**上同視できる」という意味も、それに先行する「労働契約を終了させること」と同義であり、何らかの意味を付け加えるものではない。

つまり、これまで、民事制定法において、「社会通念」という用語が用いられているのは、2007 年に判例の法理を、その文言を含めて、成文化した労働契約法だけであり、そこで用いられている「社会通念」は、それに先行する用語である「客観的な合理性（必要性と相当性）」以上の意味を有していない。

### Ⅲ 裁判における「社会通念」の概念の功罪

憲法において、司法権の独立を保障するとともに、「すべて裁判官は、…この憲法及び法律にのみ拘束される」（憲法 **第 76 条**3 項）とされているのは、裁判官の恣意的判断を抑制するためである。したがって、最もあいまいな概念であり、状況によってどのようにも解釈されうるばかりでなく、その名の下で、少数意見が無視されたり、個人の尊厳や基本的人権が侵されたりする恐れがある概念を根拠に条文を解釈するには注意が必要である。

確かに、裁判官が、憲法や法律の解釈をする上で、制定法に適切な条文がない場合、すなわち、法の欠缺がある場合に、裁判官が、条理や社会通念を手がかりに、類推解釈等の解釈技術を手がかりに具体的に妥当な判断を下すことは、問題がない。

しかし、制定法に条文と「社会通念」とが対立する場合には、制定法の条文、立法の趣旨等が、社会通念に優先することを銘記すべきであろう。

たとえば、近時の判決例には、土地建物の売買契約において、建物内で自殺・殺人事件が起きていたことは、社会通念上、目的物の瑕疵に該当するとしたり、売主には、それについて告知義務を認めたりするものが多い（横浜地判平元・9・7判タ729号174頁、福岡地決平2年10月2日判タ737号239頁、東京地判平7・5・31判タ910号107頁、浦和地川越支判平9・8・19判タ、大阪高判平18・12・19判タ1246号203頁、大阪地判平21・11・26判タ1348号166頁など。ただし、東京地判平25・7・3判タ1416号198頁は、瑕疵を肯定しつつも、説明義務違反を否定している）。

しかし、自殺を選択した個人の尊厳、および、取引上の合理性よりも、社会通念を優先して目的物の瑕疵、および、告知義務を肯定することは、民法2条（解釈の基準）という制定法の根拠に反するとする、以下のような見解が有力に主張されている。

民法 **第2条** [解釈の基準]は、個人の尊厳に反する社会通念が存在する場合に、契約の解釈にあたって、当事者が前提とする社会通念を考慮しないというかたちで、契約の解釈を規範的に調整する役割を果たしうるように思われる[横山・個人の尊厳と社会通念（2013）16頁]。

以上の点を考慮するならば、制定法の条文に「社会通念」概念を採用した場合には、裁判官には、法の解釈についてフリーハンドが与えられることになり、憲法76条3項における、裁判官に対する拘束は、無意味となるおそれがある。したがって、立法に際しては、「社会通念」という用語を用いることは、極力避けるべきであり、今回の民法改正案が、民法上の重要概念の判断基準として、「社会通念」を法律用語として採用したことは、あまりにも軽率であったといえよう。

#### IV 学問として批判すべき対象としての「社会通念」

学問と社会とは、互いに密接な関係を有するとともに、一定の緊張関係を保つ必要がある。なぜなら、社会の多数意見に代表される「社会通念」が、少数意見を圧迫したり、個人の尊厳、基本的人権を侵したりしたことは、歴史が示すところである。

たとえ、社会の構成員の見解が一致したとしても、個人の尊厳を害するあらゆる行為から個人を守ることができる点にこそ、多数決原理に頼る政治との比較における法の特色がある（[鈴木・政策法務論（2015）29頁]参照）。

社会と法との緊張関係は、社会と大学の自治との関係にも類似する。大学が真理の探究の場として、大学の自治が認められてきたのも、真理の探究が、社会通念とは異なることが多く、探求された真理が、長い時間をかけて、社会通念へと変化していくことが多いからである。したがって、たとえ、社会がいかなる攻撃をかけてきても、真理の探究を行う大学の教

員を擁護することが大学の使命となるのである。

判例が「社会通念」に頼らざるを得ないのは、法の欠缺の場合である。しかし、適用すべき制定法がある場合には、その制定法に拘束される（憲法 第76条3項）。しかも、現在の社会通念は、現在の社会の多数説ではあっても、将来の多数説となるべき現在の少数説を尊重すべき場合もあるのであって、社会通念を、それ自身として法的根拠とすることは、非常に危険であり、他の概念とあいまって、法の解釈を補強する場合にのみ、かつ、慎重に利用すべき概念である。

学問的には、判例によって利用される社会通念は、確立した法概念によって、読み替えられるべき対象であるか、個人の尊厳を損なう恐れがある場合には、批判し、攻撃されるべき対象であり、制定法において採用されるべき概念ではないと思われる。

## V 民法改正案に登場する社会通念の意味とその批判

民法改正案においては、民法の最も重要な概念のほとんどの定義、または、判断基準に「社会通念」という最もあいまいな概念が用いられている。

判例で頻繁に用いられる「社会通念」という用語を、他の明確な概念に読み替えるなどして、明確化していくことが学問的課題となるべきであり、判例で用いられているからといって、そのようなあいまい極まりない概念を制定法の法律用語として採用することは、学問にとっては、自殺行為といつてよい。

そこで、本稿では、民法改正案に出現するすべての「社会通念」について、そもそも、そのような概念が必要かどうか、他の明確な法律用語で読み替えることができるかどうか、さらには、そのようなあいまいな概念でしか定義できないような条文そのものが、不要、または、条文全体が読み替えられるべきであるのではないかという観点から、詳細な検討を行うことにする。

### 1. 錯誤取消しの判断基準としての社会通念

民法改正において、「社会通念」という用語が導入される最初の条文は、改正案 第95条（錯誤）である。

現行法の体系においては、以下のように、要素の錯誤（無効原因）と詐欺・強迫を含む動機の錯誤（取消原因）とを明確に区別していたため、要素の錯誤に「社会通念」という不確定概念を持ち込む必要はなかった。

#### 現行法 第95条（錯誤）

意思表示は、法律行為の**要素に錯誤**があったときは、無効とする。ただし、表意者に重大な過失があったときは、表意者は、自らその**無効**を主張することができない。

現行民法 第96条（詐欺又は強迫）

- ①詐欺又は強迫による意思表示は、取り消すことができる。
- ②相手方に対する意思表示について第三者が詐欺を行った場合においては、相手方がその事実を知っていたときに限り、その意思表示を取り消すことができる。
- ③前2項の規定による詐欺による意思表示の取消しは、善意の第三者に対抗することができない。

これに対して、改正案では、現行法上の要素の錯誤（現行法95条）だけでなく、動機の錯誤（現行法第96条2項）をあわせて、「重要な錯誤」を無効原因ではなく、取消原因と改めることにした。

このため、取消し原因となる「重要な錯誤」という要件を厳密に表現する方法として、従来から判例が要素の錯誤になるかどうかについて、確立してきた判断基準、すなわち、「錯誤ナカリセハ意思ヲ表示セサルヘク且表示セサルコトカ一般取引上ノ通念ニ照シ至当ト認めラルルモノ」（大判大7・10・3民録24輯1852頁）という表現を借用し、以下のように、「錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるときは、取り消すことができる」と規定するのが適切であると判断したものであると思われる。

もっとも、要素の錯誤の判断基準としては、大判大3・12・15民録20輯1101頁（清酒送荷請求ノ件）が引用されるのが通例であるが、社会通念と同義の「一般取引上ノ通念」とか「取引上ノ通念」という用語を用いて、要素の錯誤を説明した判例としては、上記の大判大7・10・3民録24輯1852頁が最初であろう。

改正案 第95条（錯誤）

①意思表示は、次に掲げる錯誤に基づくものであって、その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるときは、取り消すことができる。

- 一 意思表示に対応する意思を欠く錯誤
- 二 表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤

しかし、判例が形成してきた、取引通念に照らして重要な錯誤とは、「その錯誤がなかったならば、その意思表示をしなかった」というほどに錯誤が重要であることにほかならない。

つまり、改正案 第95条1項の意味は、現行民法（要素の錯誤と動機の錯誤との峻別）との対比で述べると、以下の通りであると、筆者（加賀山）は考えている。

意思表示の表意者が、要素の錯誤（無効原因）に陥った場合ばかりでなく（改正案 第95条1項1号）、たとえ、詐欺を伴わない動機の錯誤（無効とはならない）に陥った場合であっても（改正案 第95条1項2号）、そのような錯誤について、もしも、それらの錯誤がなく、表

意者が合理的に判断すれば、当該意思表示をしなかったというほどに重要である場合には、表意者は、意思表示を取り消すことができる。

もつとも、改正案 **第95条**における「社会通念」の意味について、錯誤がなかったならば表意者は意思表示をしなかったであろうこと（主観的因果性）だけでなく、「一般人もそのような意思表示をしなかったであろうこと（客観的重要性）」を示すものとして、その必要性を以下のように説明するものがある。

その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なもの」とは、重要性を判断するためには、(a) その法律。行為の目的（当該法律行為がめざしていたもの）がどのようなものであるのかが重要な考慮要素になることと、(b) その錯誤が一般的にも重要であることが必要であることを示すものである（〔潮見・改正法案の概要（2015）7-8頁〕）。

しかし、客観的重要性を示すものとして「社会通念」という用語を用いることは、そのあいまい性ゆえに、「客観性」を示すことにはつながらないばかりでなく、錯誤の効果を本人保護の観点に基づいて、「無効」から「取消し」へと変更した立法の趣旨にも合致していないと思われる。

いずれにせよ、改正案 **第95条**における「その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるとき」という表現は、社会通念というあいまいな概念を使うまでもなく、「その錯誤が、法律行為の目的に照らして、当該錯誤がなく、表意者が合理的に判断するならば、当該意思表示をしなかったというほどに重要なものであるとき」というように、「社会通念」を抜きにして、明確に規定することが可能である。

現に、民法改正の中間試案の段階では、「社会通念」というあいまいな概念を使うことなく、「重要な錯誤による取消し」について、「意思表示に錯誤があった場合において、表意者がその真意と異なることを知っていたとすれば表意者はその意思表示をせず、かつ、合理的な判断をするならば、その意思表示をしなかったであろうと認められるときは、表意者は、その意思表示を取り消すことができるものとする。」と表現していたのである。

このように考えると、改正案 **第95条**においても、「取引上の社会通念に照らして重要なもの」というあいまいな用語を持ち出すのではなく、「当該錯誤がなく、表意者が合理的な判断をするならば、当該意思表示をしなかったというほどに重要なもの」というように明確に言い換えることができるのであるから、そのような明確な表現を用いるべきであった。

つまり、改正案 **第95条**において、「取引上の社会通念」という用語は、削除し、上記のような明確な表現に書き換えるべきである。

## 2. 善管注意義務違反の判断基準としての社会通念



民法改正案において、「社会通念」という概念が出現する第2の場面は、改正案 **第400条**（特定物の引渡しの場合の注意義務）である。

これに対して、現行法 **第400条**（特定物の引渡しの場合の注意義務）は、社会通念という概念を用いていない。すなわち、現行民法は、特定物の引渡しの場合の注意義務である「善良な管理者の注意」（善管注意義務）について、以下のように規定している。

現行民法 **第400条**（特定物の引渡しの場合の注意義務）

債権の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、その引渡しをするまで、善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならない。

上記の善管注意義務は、民法を学ぶものにとって、ポピュラーな法律用語であり、その意味は、たとえば、一般的な法律辞典（有斐閣『法律学小辞典』）において、注意義務の項目の下で、以下のように説明されている。

注意義務は、その人が従事する職業、その人の属する地位、その人が置かれている状況に応じて普通に要求される水準の義務と、その人の個別的、具体的能力に応じて要求される水準の義務とに分けられる。前者は善良な管理者の注意、後者は自己の財産におけるのと同じの注意などと呼ばれたりする。

このように、「善良な管理者の注意」は、「自己の財産におけるのと同じの注意」と対照されることによって、両者の概念の意味がおのずと明確となるのであって、「社会通念」の助けを借りて説明されなければならないほど不明確な概念ではない。

現に、改正法 **第413条**（受領遅滞）においては、「自己の財産におけるのと同じの注意」、または、「自己の財産に対するのと同じの注意」という概念が、以下のように、社会通念とは無関係に規定されている。

改正案 **第413条**（受領遅滞）

①債権者が債務の履行を受けることを拒み、又は受けることができない場合において、その債務の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、履行の提供をした時からその引渡しをするまで、自己の財産に対するのと同じの注意をもって、その物を保存すれば足りる。

②債権者が債務の履行を受けることを拒み、又は受けることができないことによって、その履行の費用が増加したときは、その増加額は、債権者の負担とする。

このように考えると、「自己の財産に対するのと同じの注意」が「社会通念」と無関係に規定されているのであるから、その反対概念である「善良な管理者の注意」も、「社会通念」とは、無関係に規定できるはずである。

ところが、今回の民法改正案では、以下のように、「善良な管理者の注意」の意味をわざわざ、「社会通念」に依存させる形で規定している。

#### 改正案 第 400 条（特定物の引渡しの場合の注意義務）

債権の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、その引渡しをするまで、契約その他の債権の発生原因及び取引上の**社会通念**に照らして定まる善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならない。

「善良な管理者の注意義務」については、「自己の財産に対するのと同じの注意」の反対概念として、学説上も、判例上も、明確な概念として使われている。しかも、後者よりも、前者の方が、法曹実務家にとってもなじみのある概念であり、「善管注意義務」という確立した法概念としても、広く使われている。したがって、「自己の財産に対するのと同じの注意」について、「社会通念」とは無関係に規定しておきながら、法曹実務家にとって、よりなじみのある「善良なる管理者の注意」について、「社会通念」などという、最も不確定な概念に依存させて規定することは、無用であり、むしろ、裁判官の恣意的な解釈によって当事者の意思が無視されるおそれがある点で、有害である。

つまり、改正案 第 400 条における「社会通念」は、これを削除し、「契約その他の債権の発生原因その他の債権の発生原因に照らして定まる善良な管理者の注意」と修正するのが妥当である。現行法の解釈において疑義が生じていないことを考慮するならば、むしろ、現行法 第 400 条の改正の必要はなく、現行法の規定を維持するのが至当であろう。

### 3. 履行不能の定義としての社会通念

今回の民法改正において、「社会通念」の概念が不可欠と考えられているのが、履行不能の定義に関する改正案 第 412 条の 2（履行不能）の規定である。

#### 改正案 第 412 条の 2（履行不能）

①債務の履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の**社会通念**に照らして不能であるときは、債権者は、その債務の履行を請求することができない。

②契約に基づく債務の履行がその契約の成立の時に不能であったことは、第 415 条の規定によりその履行の不能によって生じた損害の賠償を請求することを妨げない。

確かに、現行民法においては、履行不能の概念を明確に定義することが必要であった。なぜなら、履行不能は、債務者に帰責事由がない場合には、契約解除の障害要件となり（現行法 第 543 条）、解除の問題から危険負担の問題へと移行させ、債権者主義（現行法 第 534 条）による場合には、債権者に反対給付を義務づけるという重要な役割を演じてきたからで

ある。

しかし、今回の改正によって、債務者に責めに帰すべき事由がない場合であっても、履行不能は、契約解除を妨げる原因とはならないことになるのであるから、履行不能の要件は、その役割を終えたといつてよい。なぜなら、解除を求める解除権者にとっては、不確定概念であり、かつ、証明が極度に困難な「履行不能」を主張・立証する必要はないのであって、証明が容易で確実な、「履行遅滞」と「相当期間を定めた履行の催告」の組み合わせ（改正案 第 541 条、第 542 条 1 項 4 号）、または、同じく証明が比較的容易な「履行拒絶」（改正案 第 542 条 1 項 2 号、3 号、5 号、同条 2 項 2 号）を主張・立証すれば、確実に解除をすることができるからである。

理論上は、「履行不能」という事態が存在することは認うとしても、実際の事例では、「履行不能」は、以下の理由によって、有用な概念ではない。

第 1 に、債権者の立場からすると、債権者が債務の「履行不能」を立証することは困難であり、たとえ、口頭弁論終結の時点において、「履行不能」であることが判明することがあるとしても、訴訟開始の時点では、債権者は、立証が容易で確実な「履行期に履行がないこと」（定期行為における履行遅滞もしくは履行拒絶）、または、「相当期間を定めて催告しても履行がないこと」（履行遅滞）を主張・立証するのが実情であり、それで十分である。反対に、解除を主張する債権者が、「履行不能」を主張・立証するメリットは存在しないし、債権者が、「履行不能」だけに頼って契約解除を主張することは、むしろ、大きなリスクを抱えることになる。

第 2 に、債務者の立場からしても、「履行不能」を主張立証したところで、改正案においては、契約を無効とすることもできないし（改正案 第 412 条の 2 第 2 項）、解除を妨げる原因ともならない（改正案 第 542 条 1 項 1 号、3 号、同条 2 項 1 号）。したがって、債務者が履行不能を主張するメリットは存在しない。

確かに、現行法においては、「履行不能」を契約解除の障害要件となる場合があるという点で、「履行不能」を特別扱いする必要がある存在していたのであり、その定義を明確にする必要が生じていた。

しかし、改正案においては、契約解除に関しては、「履行不能」を特別扱いする理由は消滅しており、しかも、履行遅滞や履行拒絶に比して、証明が困難な「履行不能」を当事者が主張・立証する訴訟上の意味も存在しない。

したがって、そもそも証明が困難な不確定概念である「履行不能」について、それよりもさらに不確定であり、かつ、裁判官の恣意的な判断を助長するおそれがあるという点で危険な概念である「社会通念」を持ち出して、「履行不能」を民法の条文上で定義することは、有害無益であり、改正案 第 412 条の 2 第 1 項は、削除されるべきである。

#### 4. 帰責事由の判断基準としての社会通念

民法 415 条（債務不履行による損害賠償）の重要な要件は、「債務の本旨に従った履行をしないこと」（債務不履行）と「責めに帰すべき事由」（帰責事由）の二つである。

### (1) 債務不履行における「履行不能」の位置づけ

第 1 に、債務不履行，すなわち、「債務の本旨に従った履行をしないこと」という要件については、従来は、履行遅滞，履行不能，不完全履行の三つに分類されていた（三分類説）。そして、履行不能については、債務者に責めに帰すべき事由がない場合には、損害賠償請求ができないばかりでなく（現行法 第 415 条 2 文），契約解除はできず（現行法 第 543 条 ただし書き），現行法 第 434 条 以下の危険負担によって問題が処理されてきた。

したがって、現行法においては、債務不履行において、履行不能を特別扱いすることに意味が可能であった。

#### 第 415 条（債務不履行による損害賠償）

債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする。

しかし、改正案では、債務不履行に、「履行拒絶」という類型がプラスされ（改正案 第 415 条 2 項 2 号，第 542 条 1 項 2 号，3 号，5 号 同条 2 項 2 号），かつ、債務者に責めに帰すべき事由がない「履行不能」の場合においても、解除ができることとなった（改正案 第 542 条 1 項 1 号，3 号，同条 2 項 1 号）。このため、債務不履行において、「履行不能」を特別扱いする必要性はなくなった（債務不履行における「履行不能」の特別扱いの不要化）。

#### 改正案 第 415 条（債務不履行による損害賠償）

①債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない。

②前項の規定により損害賠償の請求をすることができる場合において、債権者は、次に掲げるときは、債務の履行に代わる損害賠償の請求をすることができる。

- 一 債務の履行が不能であるとき。
- 二 債務者がその債務の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。
- 三 債務が契約によって生じたものである場合において、その契約が解除され、又は債務の不履行による契約の解除権が発生したとき。

それにもかかわらず、改正案 第 415 条 1 項が、債務不履行について、上記のように「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき〔履行不能を含む債務不履行〕又は債務の履行が不能であるとき〔履行不能〕」と規定していることは、屋上屋を重ねるものである。

したがって、改正案 第 415 条 1 項の「又は債務の履行が不能であるとき」という部分は、削除されるべきである。

## (2) 「責めに帰すべき事由」を社会通念に照らして判断することの危険性

第 2 に、債務不履行による損害賠償請求権の要件のうち、帰責事由、すなわち、「債務者の責めに帰すこと」ができる事由については、通説、判例ともに、予見可能な損害が予見可能な場合には、損害を回避するための行為をなすべき義務があり、これを怠る場合に、債務者に「責めに帰すべき事由」があるとしてきた。

したがって、「責めに帰すべき事由」については、一定程度の不確定性は存在するものの理論上も、実践上も、明確な概念であり、その概念を説明するのに、もっとも不確定な概念である「社会通念」を追加したところで、その概念がより明確になることはありえない上に、裁判官の恣意的判断を助長することになるおそれがあり、有害であると思われる。

そのようなおそれが実際に生じうる事例として、以下において、最高裁の二つの判決を挙げて、「責めに帰すべき事由」を「社会通念」に照らして判断することが、いかに危険であるかを示すことにする。

最初の事例は、高等学校の生徒が課外のクラブ活動としてのサッカーの試合中に落雷により負傷した事故について、被害者及びその親族が引率者兼監督の教諭に対して、債務不履行または不法行為に基づき、損害賠償を請求した事案について、落雷事故発生の危険が迫っていることを予見すべき注意義務の違反があるとされた事例である（最二判平 18・3・13 判時 1929 号 41 頁）。

原審は、債務者である教諭の「責めに帰すべき事由」、または、過失について、「社会通念」に照らして、以下のように判断した。

A 高校の第 2 試合の開始直前ころには、遠雷が聞こえており、かつ、本件運動広場の南西方向の上空には暗雲が立ち込めていたのであるから、**自然科学的な見地から**いえば、B 教諭は、落雷の予兆があるものとして、上記試合を直ちに中止させて、同校サッカー部員を安全な空間に避難させるべきであったということになる。しかし、**社会通念**上、遠雷が聞こえていることなどから直ちに一切の社会的な活動を中止又は中断すべきことが当然に要請されているとまではいえないところ、平均的なスポーツ指導者においても、落雷事故発生の危険性の認識は薄く、雨がやみ、空が明るくなり、雷鳴が遠のくにつれ、落雷事故発生の危険性は減弱するとの**認識が一般的なものであった**と考えられるから、平均的なスポーツ指導者が A 高校の第 2 試合の開始直前ころに**落雷事故発生の具体的危険性を認識することが可能であった**とはいえない。

そうすると、B教諭においても、上記時点で落雷事故発生を**予見することが可能であったとはいえず、また、これを予見すべきであったということもできない**。したがって、B教諭が安全配慮義務を尽くさなかったということとはできないから、被上告学校に債務不履行責任又は不法行為責任があるということとはできない。

これに対して、最高裁は、以下のように、「社会通念」に依拠することなく、予見可能性という明確な概念に即して、以下のように判断している。

教育活動の一環として行われる学校の課外のクラブ活動においては、生徒は担当教諭の指導監督に従って行動するのであるから、担当教諭は、できる限り生徒の安全にかかわる事故の危険性を具体的に予見し、その予見に基づいて当該事故の発生を未然に防止する措置を執り、クラブ活動中の生徒を保護すべき注意義務を負うものというべきである。

前記事実関係によれば、落雷による死傷事故は、平成5年から平成7年までに全国で毎年5～11件発生し、毎年3～6人が死亡しており、また、落雷事故を予防するための注意に関しては、平成8年までに、本件各記載等の文献上の記載が多く存在していたというのである。そして、更に前記事実関係によれば、A高校の第2試合の開始直前ころには、本件運動広場の南西方向の上空には黒く固まった暗雲が立ち込め、雷鳴が聞こえ、雲の間で放電が起きるのが目撃されていたというのである。そうすると、上記雷鳴が大きな音ではなかったとしても、同校サッカー部の引率者兼監督であったB教諭としては、上記時点ころまでには**落雷事故発生の危険が迫っていることを具体的に予見することが可能であった**というべきであり、また、**予見すべき注意義務を怠ったもの**というべきである。このことは、たとえ平均的なスポーツ指導者において、落雷事故発生の危険性の認識が薄く、雨がやみ、空が明るくなり、雷鳴が遠のくにつれ、落雷事故発生の危険性は減弱するとの**認識が一般的なものであったとしても左右されるものではない**。なぜなら、上記のような認識【**社会通念**】は、平成8年までに多く存在していた落雷事故を予防するための注意に関する本件各記載等の内容と相いれないものであり、**当時の科学的知見に反する**ものであって、その指導監督に従って行動する生徒を保護すべきクラブ活動の担当教諭の注意義務を免れさせる事情とはなり得ないからである。

これと異なる見解に立って、B教諭においてA高校の第2試合の開始直前ころに落雷事故発生を予見することが可能であったとはいえないなどとして、被上告学校の損害賠償責任を否定した原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。

この事例では、「責めに帰すべき事由」の存否について、予見可能な損害を回避するための注意を怠ったかどうかについて、客観的な基準ではなく、「社会通念」に照らして判断することが、いかに危険であるかが明らかにされているといえよう。

次は、営林署作業員らチェンソー等の機械作業により振動障害に罹患したため、国に対して安全配慮義務違反に基づき損害賠償を請求した事例である（最二判平2・4・20 訟務月報

37 卷 3 号 443 頁（林野庁高知営林局事件）。

多数意見である法廷意見は、以下のように、「社会通念」に照らして、国の「責めに帰すべき事由」を否定した。

社会、経済の進歩発展のため必要性、有益性が認められるが、危険の可能性を内包するかもしれない機械器具の使用については、その使用から生ずる危険、損害の発生を防止するための相当の手段方法を講ずることが要請されるが、**社会通念**に照らし相当と評価される措置を講じたにもかかわらずなおかつ損害の発生をみるに至った場合には、結果回避義務に欠けるものとはいえない。

これに対して、少数意見（裁判官 奥野久之）は、「社会通念」に頼ることは、問題であるとして、多数意見に反対している。

多数意見は、先ず昭和 40 年ころまではチェンソー等の使用による振動障害の発生につき被上告人には予見可能性がなかったとし、次いで振動障害の発生が予見可能となった後においても、チェンソー等が社会的に有用であってその使用を継続する必要がある以上、障害の発生を防止するため**社会通念**上相当と認められる適切妥当な措置を講ずれば足るものであるところ、その当時なお科学的、あるいは医学的な調査研究が十分でなかったこと等に徴し、林野庁のとった措置は振動障害の結果を回避するための相当な措置であって、これ以上の措置をとることを求めるのは難きを強いるものであるとし、使用時間の制限を同四四年まで行わなかったことも遅きに失したものとはいえず、その他林野庁としては、その置かれた諸条件のもとにおいて結果回避の努力を尽くしたものであるから、何ら安全配慮義務に欠けるところはなかったというのである。

しかし、いかに社会的に有用な機械であっても、これを使用する作業員の心身に及ぼす影響を経視してよいわけはなく、右の考え方には、チェンソー等が元々使用態様いかんによっては**作業員の心身に障害を及ぼす可能性のある振動工具の一種であったのであるから、これを作業員に使用させる以上、障害を及ぼすことのないよう常に注意を怠らないことが必要であったこと**、並びに、直接事業の執行に当たる林野庁としては、作業機械のことは別にしても、作業の態様が作業員の健康状態に与える影響については不断に留意する必要がある、また、他の何人よりも早期にかつ的確にその状況を把握し得る立場にあったこと、の視点が欠落しているように思われる。そして、前記のように障害の発生が予見可能となったと考えられることから国有林野の木材供給量が漸増し、昭和 39 年度においてそのピークに達して国内産の 34%を占めるに至ったと認められることは注目に値するところであり、これが上告人ら 12 名を含む振動障害被害者の犠牲において達成されたものでなければ幸いである。

以上のとおり、私は、被上告人は安全配慮義務に違反し、よって上告人らに対し損害賠償義務を負うべきものと考えてるので、その点で原審は法令の解釈適用を誤ったものであり、その違

法が判決の結論に影響を及ぼすことは明らかであるから、その限りにおいて上告論旨は理由がある。よって、その余の論旨について判断するまでもなく、原判決は破棄を免れない。そして本件は、各上告人の損害につき更に審理を尽くす必要があるので、これを原審に差し戻すべきものと思料する。

以上の二つの事例を検討するだけでも、「責めに帰すべき事由」とか、「過失」とかという民法において、最も重要な概念についての判断基準として、条文の解釈においてさえ、「社会通念」を安易に参照することが、危険であることが明らかとなったと思われる。したがって、重要な概念の判断基準として「社会通念」というどのようにでも解釈できる概念を制定法で規定することは、それにもまして危険であり、改正案 **第 415 条 1 項**の「及び取引上の**社会通念**」の部分は、削除すべきであると思われる。

## 5. 表見弁済受領権限の判断基準としての社会通念

民法改正案において、「社会通念」という概念を利用することが、一見したところでは、許容できると思われるのが、改正案 **第 478 条**（受領権者としての外観を有する者に対する弁済）である。現行法においては、弁済受領権者としての外観を有する者のことを、債権の準占有者といい、以下のような規定を置いている。

現行法 **第 478 条**（債権の準占有者に対する弁済）

債権の準占有者に対してした弁済は、その弁済をした者が善意であり、かつ、過失がなかったときに限り、その効力を有する。

「債権の準占有者」という概念自体が難解であるが、法律辞典では、債権の準占有者とは、「取引の観念からみて真の債権者らしい外観を有する者をいう」（[有斐閣・法律学小辞典]）とされており、説明は簡潔であるが、この条文のすぐ近くに、「受取証書の持参人に対する弁済」（現行法 **第 480 条**）という規定があるため、債権の準占有者と受取証書の持参人との間の関係をどのように理解するかが困難であった。

**第 480 条**（受取証書の持参人に対する弁済）

受取証書の持参人は、弁済を受領する権限があるものとみなす。ただし、弁済をした者がその権限がないことを知っていたとき、又は過失によって知らなかったときは、この限りでない。

しかし、今回の改正によって、現行法 **第 480 条**は、改正法 **第 478 条**（受領権者としての外観を有する者に対する弁済）に吸収される形で、削除されることになるため、弁済について「受領権者としての外観を有する者」の概念は、広く、「取引の観念からみて真の債権者



らしい外観を有する者をいう」という説明で、理解が容易となった。

以上の予備知識をもって、改正案 **第 478 条**を読んでみよう。

**改正案 第 478 条**（受領権者としての外観を有する者に対する弁済）

受領権者（債権者及び法令の規定又は当事者の意思表示によって弁済を受領する権限を付与された第三者をいう。以下同じ。）以外の者であって取引上の**社会通念**に照らして受領権者としての外観を有するものに対してした弁済は、その弁済をした者が善意であり、かつ、過失がなかったときに限り、その効力を有する。

改正案 **第 478 条**における「取引上の社会通念に照らして受領権者としての外観を有する者」という概念は、現行法**第 478 条**の「債権の準占有者」の概念と同じであり、しかも、現行法 **第 480 条**の「受取証書の持参人に対する弁済」を含む概念である。

そうだとすれば、現行法 **第 480 条**が、改正案 **第 478 条**に吸収されたことを利用して、「受取証書の持参人」を例示とし、かつ、民法上の用語である「慣習」を活用しつつ、「改正案 **第 478 条**を明確に規定するとすれば、以下のような代案を考えることができる。

**改正案 第 478 条**（受領権者としての外観を有する者に対する弁済）の**修正私案**

受領権者（債権者及び法令の規定又は当事者の意思表示によって弁済を受領する権限を付与された第三者をいう。以下同じ。）以外の者であって、受取証書の持参人等、取引上の**慣習**に照らして受領権者としての外観を有するものに対してした弁済は、その弁済をした者が善意であり、かつ、過失がなかったときに限り、その効力を有する。

「社会通念」という用語は、先に述べたように、非常にあいまいな概念であるから、このような概念は利用せずに、改正案 **第 478 条**をわかりやすく表現できるのであれば、それに越したことはない。

上記の改正案の修正私案は、最もあいまいな「社会通念」という概念に依存せず、しかも、代表的でわかりやすい例示を含み、かつ、民法でこれまで利用されてきた明確な概念のみを用いて作成されており、改正案よりも、国民にとってわかりやすいと思われる。

## 6. 特定物の現状引渡しによる免責の判断基準としての社会通念

現行法 **第 483 条**は、瑕疵担保責任を契約責任ではなく、法定責任と考える、いわゆる「特定物のドグマ」に利用されてきた規定である。

現行法 **第 483 条**（特定物の現状による引渡し）

債権の目的が特定物の引渡しであるときは、弁済をする者は、その引渡しをすべき時の現状で

その物を引き渡さなければならない。

しかし、改正案においては、特定物ドグマの拠り所となった、「原始的不能を目的とする契約は無効とする」という考え方を、改正案 **第 412 条の 2** 第 2 項で明確に否定しており、いわゆる瑕疵担保責任も、改正案 **第 562 条～第 565 条**において、契約責任として再構成したのであるから、そのような心配は、存在しない。

それにもかかわらず、改正案 **第 483 条**は、以下のようにして、現行法 **第 483 条**に、「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らしてその引渡しをすべき時の品質を定めることができないときは」という、ほとんど起こりえないような事態を想定した、意味不明の文言を追加して、特定物のドグマを完全に否定しようとしている。

**改正案 第 483 条**（特定物の現状による引渡し）

債権の目的が特定物の引渡しである場合において、契約その他の債権の発生原因及び取引上の**社会通念**に照らしてその引渡しをすべき時の品質を定めることができないときは、弁済をする者は、その引渡しをすべき時の現状でその物を引き渡さなければならない。

このような国民にとって役に立たないばかりか、明確な具体例によって説明できないような文言を民法の条文に付加すべきではない。

したがって、改正案 **第 483 条**は、破棄し、現行民法を維持すべきである。

## 7. 債権者の担保保存義務違反に対する免責の判断基準としての社会通念

「社会通念」という概念を制定法に持ち込むことによって、被害者救済に問題が生じうる点については、すでに、改正案 **第 415 条**において、債務者の「責めに帰すべき事由」を「社会通念」によって制限的に解釈した裁判例（最二判平 18・3・13 判時 1929 号 41 頁の原審判決、および、最二判平 2・4・20 訟務月報 37 卷 3 号 443 頁（林野庁高知営林局事件）の法定意見）によって説明した。

そのようなおそれが、さらにはっきりと生じているのが、改正案 **第 504 条**（債権者による担保の喪失等）である。

現行法 **第 504 条**（債権者による担保の喪失等）は、表面上は、弁済による代位に関する規定であるが、実質は、弁済によって求償権を有する保証人を保護することを目的として起草された画期的な条文である。その理由は、以下の通りである。

従来は、保証契約は、債権者は保証人に対して債務を負わず、保証人だけが債権者に対して一方的な債務を負担する片務契約であると考えられてきた。ところが、現行法 **第 504 条**は、債権者は、求償権を取得する保証人に対して、担保を保存する義務を負い、債権者がこれに違反した場合には、保証人は免責されるという意味で、保証契約の片務契約性に反する

特異な規定である。したがって、現行法 **第 504 条**は、保証人を保護するという今回の民法改正の趣旨に合致した規定となっている。

現行法 **第 504 条**が、保証契約が片務契約であることを認めつつも、債権者の保証人に対する義務を認めている理由は、債権者といえども、求償権を有する保証人に対して、担保を保存するという「信義則上の義務」を有しているからである。

#### 現行法 **第 504 条**（債権者による担保の喪失等）

第 500 条〔法定代位〕の規定により代位をすることができる者がある場合において、債権者が故意又は過失によってその担保を喪失し、又は減少させたときは、その代位をすることができる者は、その喪失又は減少によって償還を受けることができなくなった限度において、その責任を免れる。

ところが、今回の改正案は、保証人保護の趣旨から離れ、以下のように、「社会通念」という概念を悪用して、保証人に対する債権者の担保保存義務違反を免責し、保証人の保護とは正反対の改正を行おうとしている。

#### 改正案 **第 504 条**（債権者による担保の喪失等）

①弁済をするについて正当な利益を有する者（以下この項において「代位権者」という。）がある場合において、債権者が故意又は過失によってその担保を喪失し、又は減少させたときは、その代位権者は、代位をするに当たって担保の喪失又は減少によって償還を受けることができなくなる限度において、その責任を免れる。その代位権者が物上保証人である場合において、その代位権者から担保の目的となっている財産を譲り受けた第三者及びその特定承継人についても、同様とする。

②前項の規定は、債権者が担保を喪失し、又は減少させたことについて取引上の社会通念に照らして合理的な理由があると認められるときは、適用しない。

先に述べたように、保証契約を締結した債権者は、信義則上、保証人の求償権を害しないような配慮義務を負うと解すべきである。このように考えることによって、民法 455 条（催告の抗弁及び検索の抗弁の効果）における保証人の免責と、民法 504 条における保証人の免責を統一的に理解することが可能となるのである。

もともと、最一判昭 48・3・1 金法 679 号 34 頁は、「契約において、保証人に対する関係における債権者の担保保存義務を免除し、保証人が民法 504 条により享受すべき利益をあらかじめ放棄する旨を定めた特約は有効である」としている。

それ以後の判例も、最一判平 2・4・12 金法 1255 号 6 頁（担保保存義務に違反した場合に保証人の免責を認めるとする民法 504 条の規定に反して、債権者を免責するという特約に基づく債権者の主張は、信義則に違反しない）、最二判平 7・6・23 判タ 880 号 140 頁（債権

者が物上保証人に対して担保保存義務免除特約の効力を主張することが信義則に違反せず権利の濫用にも当たらない), 最一判平 8・12・19 金法 1482 号 77 頁 (債権者である Y の本件根抵当権放棄は, 金融取引上の通念から見て合理性を有するものであり, 連帯保証人である X が担保保存義務免除特約の文言にかかわらず正当に有し又は有し得べき代位の期待を奪うものとはいえない) というように, 同様の判断を続けている。

しかし, この規定の母法となったフランスでは, 以下に示すように, このような免責特約は, 信義則に反することを理由に, 無効となるという立法的な解決がなされている。

#### フランス民法典 第 2314 条

債権者の行為によって保証人が債権者の権利, 抵当権及び先取特権について代位ができなくなるに至ったときは, 保証人はその責任を免れる。これに反するすべての条項は書かれなかったものとみなす (強行規定)。

#### Article 2314 Code civil

La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite.

信義則を根拠に起草された条文である現行法 第 504 条は, フランス民法典 第 2314 条と同様に, 強行規定と解すべきであり, それを「社会通念」を根拠にして, 保証人の不利に変更することは, できないと解すべきである。そして, この考え方は, 保証人を保護することを掲げる今回の民法改正の趣旨でもある。

したがって, 保証人の保護に反する改正案 第 504 条ただし書きは削除されるべきである。

## 8. 催告解除の可否の判断基準としての社会通念

改正案において「社会通念」の用語が使われているうちで, これまで, 裁判所によって最も高い頻度で適用されているのは, 以下の現行法 第 541 条 (履行遅滞等による解除権) である ([加賀山・民法改正案 [現・新] 対照表 (2015) 4 頁] 参照)。

#### 現行法 第 541 条 (履行遅滞等による解除権)

当事者の一方がその債務を履行しない場合において, 相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし, その期間内に履行がないときは, 相手方は, 契約の解除をすることができる。

改正案 第 541 条 (催告による解除) は, 現行法 第 541 条に対して, 以下のようなただし書きを新設している。

#### 改正案 第 541 条（催告による解除）

当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。ただし、その期間を経過した時における債務の不履行がその契約及び取引上の社会通念に照らして軽微であるときは、この限りでない。

改正案 第 541 条ただし書きにおける「社会通念」の意味は、改正案 第 412 条の 2 における「社会通念」の場合と同様、「債権者の受ける利益に比して債務の履行に過大の費用を要する場合」[潮見・改正法案の概要（2015）54 頁]であると解されている。

そうであるとすれば、制定法の条文に、最もあいまいな「社会通念」という用語を用いるのではなく、以下のように、契約解除を制限する具体的な要件を追加すべきである。

たとえば、改正案 第 541 条ただし書きは、「ただし、その期間を経過した時における債務の不履行が、債権者の受ける利益に比して債務の履行に過分の費用を要する場合など、その契約その他の債権の発生原因に照らして軽微であるときは、この限りでない。」と変更すべきであろう（なお、上記の「軽微の費用」または「過分の費用」（現行法 第 634 条 1 項参照）に基づく責任の配分の合理性については、[山口・役務提供契約（2013）497-502 頁]参照）。

### 9. 定型約款の有効・無効の判断基準としての社会通念

民法改正案において、「社会通念」が出現する最後の箇所は、改正案 第 548 条の 2（定型約款の合意）である。この規定は、新設規定であり、以下のように規定されている。

#### 改正案 第 548 条の 2（定型約款の合意）

①定型取引（ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なものをいう。以下同じ。）を行うことの合意（次条において「定型取引合意」という。）をした者は、次に掲げる場合には、定型約款（定型取引において、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体をいう。以下同じ。）の個別の条項についても合意をしたものとみなす。

一 定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき。

二 定型約款を準備した者（以下「定型約款準備者」という。）があらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたとき。

②前項の規定にかかわらず、同項の条項のうち、相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして第 1 条第 2 項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものについては、合意をしなかったものとみなす。

改正案 第 548 条の 2 の最大の問題点は、消費者契約法 第 10 条と比較してみるとよく分かる。

**消費者契約法 第 10 条**（消費者の利益を一方的に害する条項の無効）

民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって、民法 第 1 条 2 項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効とする。

消費者契約法 第 10 条と比較した場合、民法改正案 第 548 条の 2 第 2 項においては、無効とすべき不当約款の判断基準から、「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定」、すなわち、「任意規定」という公正かつ明確な概念が脱落し、その代わりに、「取引上の社会通念」という、約款の無効とは逆に、約款の有効性を担保するのに好都合な概念を基準としていることにある。

しかしながら、約款は、いったん作成され、合意されたものとみなされると、それが、「取引上の社会通念」とされることになるのであるから、それを約款の無効の判断基準としたのでは、公正な判断基準とはなりえないのであり、定型約款の規定を新設した意義を大きく損ねることになる[加賀山・評価（2015）12 頁]。

その結果として、約款の内容が不明確である場合に、約款作成者の自己責任を問う『約款作成者不利原則』どころではない、『約款作成者、事後改定自由の原則』を承認することに象徴されるような民法改正を行ってはならない[加藤・債権法改正（2015/9）22 頁]という改正案に対する厳しい評価が説得力を持つことになる。

このように考えると、改正案 第 548 条の 2 第 2 項の「並びに取引上の社会通念」の部分を削除すべきである。

## VI 結論

以上の検討を通じて、民法改正案において、九つの条文に新たに導入された「社会通念」という概念は、すべて、不要であるばかりか、有害であることが論証された。改正案に導入された「社会通念」の概念が不要であることの理由を類型ごとに整理すると、以下のようになる。

1. 対象となる概念が、すでに明確であるにもかかわらず、「社会通念」による判断を追加することによって、対象となる概念を不明確にしているもの
  - (1) 改正案 第 95 条（重要な錯誤）
  - (2) 改正案 第 400 条（善管注意義務）

(3) 改正案 第 478 条 (表見弁済受領権者)

2. 対象となる概念が、すでに実質的な意味を失っている不確定概念であるにもかかわらず、さらに不確定な概念である「社会通念」による判断を追加することによって、対象となる概念をいっそう不明確にしているもの

(1) 改正案 第 412 条の 2 (履行不能)

(2) 改正案 第 483 条 (特定物の現状引渡し)

3. 対象となる概念が、客観的で合理的な基準のみで判断されるべきにもかかわらず、「社会通念」による判断を加えることによって、被害者(債権者、保証人、消費者を含む)の救済を困難にしているもの

(1) 改正案 第 415 条 (責めに帰すべき事由)

(2) 改正案 第 504 条 (債権者の担保保存義務違反の免責事由)

(3) 改正案 第 541 条 (軽微な債務不履行)

(4) 改正案 第 548 条の 2 (定型約款の無効原因)

「社会通念」は、制定法に欠缺がある場合に、判例において、具体的な妥当性を確保する場合に利用される場合には、有用な概念となりうるが、裁判官による恣意的な判断を助長するという危険性を有している。したがって、制定法においては、「社会通念」という用語の使用は極力回避すべきである。

今回の民法改正案で新たに導入された「社会通念」は、九つのいずれの条文においても、対象となる概念を明確な基準によって書き換えるか、削除すべきである。

\*\*\*

最後に、改正案は、なぜ、「社会通念」という最もあいまいな概念を民法に導入せざるをえなかったのか、その原因について、筆者の見解を簡単に述べることにする。

私は、この点について、「社会通念」という用語が最初に出現する改正案 第 95 条(錯誤)、および、第 412 条の 2(履行不能)第 1 項という「履行不能」の定義規定に着目している。

\*\*\*

第 1 に、改正案 第 95 条(錯誤)について検討する。

この規定の出発点は、従来、「無効原因」とされていた要素の錯誤だけでなく、動機の錯誤を含めて、「もしも錯誤がなかったならば、表意者は意思表示をしなかったであろうほどに重要な錯誤」を「取消原因」として、錯誤の法理を再構成しようとしたことにある。

錯誤の効果を「無効」から、表意者の保護のための「取消し」にしたのであるから、取消しの要件は、本来なら、主観的要件を要件とするだけで十分だったのであり、たとえ、客観要件を加えるにしても、中間試案のように、「合理的な判断をするならば、その意思表示をしなかったであろうと認められる」というように、合理性の要件を追加すれば、それで十分だったはずである。

ところが、改正案は、表意者の客観的な評価に加えて、「一般人もそのような意思表示を

しなかつたであろうこと」(客観的要件)に執着し、その結果、客観的要件のつもりで、「社会通念」という要件を加え、最終的には、「その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なもの」としたのであると推測される。

しかし、この要件では、もともとの意図である「もしも錯誤がなかったならば、表意者は意思表示をしなかつたであろうほどに重要である」という趣旨は、明確に表現できていないばかりか、「社会的通念」という、実は、客観的ではなく、裁判官の主観に左右されるおそれがある用語を加えたことで、改正案の失敗が連鎖的に始まったと、私は考えている。

\*\*\*

第2に、改正案 第412条の2(履行不能)の第1項、すなわち、「債務の履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能であるときは、債権者は、その債務の履行を請求することができない」という規定について検討する。

そもそも、「不能」なことを履行させることは「不能」であるから、この規定は、「履行不能」の定義規定であると解することができる。

ところで、民法においては、定義規定は置かないというというのが、現行民法の立法方針であった。それにもかかわらず、あえて定義規定を置いた現行法 第85条(物の定義)は、現代社会において最も重要な概念のひとつである「無体物」を物の定義から除外することによって民法の役割を大幅に低下させるという問題を抱えている。

改正案 第412条の2第1項も、現行法 第85条(物の定義)と同様に、非常に問題のある定義規定である。なぜなら、「履行不能」は、実は、科学技術の発展によって、可能なこと、不可能なことが刻々と変化するために、そもそも明確には定義できない。そればかりでなく、債務不履行のひとつとしての「履行期に履行がないこと」である「履行遅滞」、または、「履行拒絶」という、明確に定義できる概念と重なり合っており、「履行不能」の結果は、「履行遅滞」になるか、または、「履行拒絶」のいずれかになる。したがって、改正案においては、「履行遅滞」と「履行拒絶」があれば、「履行不能」は、実質的には、不要な概念となっているのである。

それにもかかわらず、定義不要な「履行不能」について、あえて、定義することに執着したため、「社会通念」というさらに定義不能な概念を持ち出すことになったのであると推測される。

その結果は、改正案の欠陥をさらに大きく広げ、最終的に、本稿で取り上げた九つの条文すべてについて、国民にとっても、法曹にとってもわかりにくい改正案となるという失敗に陥ったというのが、私の考えである。



付録（改正案の修正のための加賀山私案）

表 改正案の修正のための加賀山私案

条文見出し	現行法	改正案	修正（加賀山）私案
第 95 条（錯誤）	意思表示は、法律行為の <u>要素に錯誤があつたときは、無効とする。</u>	①意思表示は、次に掲げる錯誤に基づくものであつて、その錯誤が法律行為の <u>目的及び取引上の社会通念に照らして重要なもの</u> であるときは、取り消すことができる。	意思表示は、次に掲げる錯誤に基づくものであつて、 <u>その錯誤がなく、表意者が合理的に判断するならば、当該意思表示をしなかつたというほどに重要なものであるときは、取り消すことができる。</u>
第 400 条（特定物の引渡しの場合の注意義務）	債権の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、その引渡しをするまで、 <u>善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならない。</u>	債権の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、その引渡しをするまで、 <u>契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして定まる善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならない。</u>	債権の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、その引渡しをするまで、 <u>善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならない。</u> （現行法を維持）
第 412 条の 2（履行不能）	—	①債務の履行が契約その他の債務の発生原因 <u>及び取引上の社会通念に照らして</u> 不能であるときは、債権者は、その債務の履行を請求することができない。	①削除
第 415 条（債務不履行による損害賠償）	債務者がその債務の本旨に従つた履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする。	①債務者がその債務の本旨に従つた履行をしないときは、 <u>又は債務の履行が不能であるときは、</u> 債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、その債務の不履行が契約その他の	①債務者がその債務の本旨に従つた履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因に照らして債務者

表 改正案の修正のための加賀山私案

条文見出し	現行法	改正案	修正（加賀山）私案
		<p>債務の発生原因<u>及び取引上の社会通念</u>に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない。</p>	<p>の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない。</p>
<p><b>第 478 条</b></p>	<p>（債権の準占有者に対する弁済）  <u>債権の準占有者</u>に対してした弁済は、その弁済をした者が善意であり、かつ、過失がなかったときに限り、その効力を有する。</p>	<p>（受領権者としての外観を有する者に対する弁済）  <u>受領権者（債権者及び法令の規定又は当事者の意思表示によって弁済を受領する権限を付与された第三者をいう。以下同じ。）以外の者であって取引上の社会通念に照らして受領権者としての外観を有するもの</u>に対してした弁済は、その弁済をした者が善意であり、かつ、過失がなかったときに限り、その効力を有する。</p>	<p>（受領権者としての外観を有する者に対する弁済）          受領権者（債権者及び法令の規定又は当事者の意思表示によって弁済を受領する権限を付与された第三者をいう。以下同じ。）以外の者であって、<u>受取証書の持参人等、取引上の慣習に照らして受領権者としての外観を有するもの</u>に対してした弁済は、その弁済をした者が善意であり、かつ、過失がなかったときに限り、その効力を有する。</p>
<p><b>第 483 条</b>（特定物の現状による引渡し）</p>	<p>債権の目的が特定物の引渡しであるときは、弁済をする者は、その引渡しをすべき時の現状でその物を引き渡さなければならない。</p>	<p>債権の目的が特定物の引渡しである<u>場合において、契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らしてその引渡しをすべき時の品質を定めることができない</u>ときは、弁済をする者は、その引渡しをすべき時の現</p>	<p>債権の目的が特定物の引渡しであるときは、弁済をする者は、その引渡しをすべき時の現状でその物を引き渡さなければならない。（現行法を維持）</p>

表 改正案の修正のための加賀山私案

条文見出し	現行法	改正案	修正（加賀山）私案
<p><b>第 504 条</b>（債権者による担保の喪失等）</p>	<p>第 500 条〔法定代位〕の規定により代位をすることができる者がある場合において、債権者が故意又は過失によってその担保を喪失し、又は減少させたときは、その代位をすることができる者は、その喪失又は減少によって償還を受けることができなくなった限度において、その責任を免れる。</p>	<p>状でその物を引き渡さなければならない。</p> <p>① 弁済をするについて正当な利益を有する者（以下この項において「代位権者」という。）がある場合において、債権者が故意又は過失によってその担保を喪失し、又は減少させたときは、その代位権者は、代位をするに当たって担保の喪失又は減少によって償還を受けることができなくなる限度において、その責任を免れる。その代位権者が物上保証人である場合において、その代位権者から担保の目的となっている財産を譲り受けた第三者及びその特定承継人についても、同様とする。</p> <p><u>②前項の規定は、債権者が担保を喪失し、又は減少させたことについて取引上の社会通念に照らして合理的な理由があると認められるときは、適用しない。</u></p>	<p>① 弁済をするについて正当な利益を有する者（以下この項において「代位権者」という。）がある場合において、債権者が故意又は過失によってその担保を喪失し、又は減少させたときは、その代位権者は、代位をするに当たって担保の喪失又は減少によって償還を受けることができなくなる限度において、その責任を免れる。その代位権者が物上保証人である場合において、その代位権者から担保の目的となっている財産を譲り受けた第三者及びその特定承継人についても、同様とする。</p> <p>② 削除</p>
<p><b>第 541 条</b></p>	<p>（履行遅滞等による解除権）当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催</p>	<p>（催告による解除）当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、</p>	<p>（催告による解除）当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、</p>

表 改正案の修正のための加賀山私案

条文見出し	現行法	改正案	修正（加賀山）私案
	<p>告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。</p>	<p>その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。<u>ただし、その期間を経過した時における債務の不履行がその契約及び取引上の社会通念に照らして軽微であるときは、この限りでない。</u></p>	<p>その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。ただし、その期間を経過した時における債務の不履行が、<u>債権者の受ける利益に比して債務の履行に過大の費用を要する場合など、その契約その他の債権の発生原因に照らして軽微であるときは、この限りでない。</u></p>
<p>第 548 条の 2（定型約款の合意）</p>	<p>—</p>	<p>②前項の規定にかかわらず、同項の条項のうち、相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、その定型取引の態様及びその実情<u>並びに取引上の社会通念</u>に照らして第 1 条第 2 項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものについては、合意をしなかったものとみなす。</p>	<p>②前項の規定にかかわらず、同項の条項のうち、相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、その定型取引の態様及びその実情に照らして第 1 条第 2 項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものについては、合意をしなかったものとみなす。</p>

## 参考文献（50音順）

- [奥平・わいせつと社会通念（1979）]  
奥平 康弘「わいせつと「社会通念」—「愛のコリダ」東京地判昭 54. 10. 19 を契機に（「愛のコリダ」裁判<特集>）」法セミ 298 号（1979/12） 2-9 頁
- [加賀山・民法改正案〔現・新〕対照表（2015）]  
加賀山茂『民法（債権関係）改正法案の〔現・新〕条文対照表<条文番号整理案付>』信山社（2015/7/31）
- [加賀山・民法改正案の評価（2015）]  
加賀山茂『民法改正案の評価—債権関係法案の問題点と解決策—』信山社（2015/11/15）
- [加藤・〔普及版〕迫りつつある債権法改正（2015）]  
加藤正信『〔普及版〕迫りつつある債権法改正』信山社（2015/12/15）
- [川井・民法判例と社会通念（1980）]  
川井 健「民法判例と社会通念—民法判例と時代思潮（社会通念と法<特集>）」法律時報 52 卷 5 号（1980/05） 24-34 頁
- [川口・労働法（2015）]  
川口美貴『労働法』信山社（2015/11/30）
- [佐伯・社会通念と脳（2009）]  
佐伯 仁志「社会通念と脳の働き」法教 340 号（2009/01） 1 頁
- [潮見・改正法案の概要（2015）]  
潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』金融財政事情研究会（2015/08/18）
- [鈴木・政策法務論（2015）]  
鈴木庸夫「政策法務論—『政策的』法務論批判」明治学院大学法科大学院ローレビュー 23 号（2015/12/21） 25-62 頁
- [矢崎・法と社会通念（1972）]  
矢崎 光圀「法と社会通念—その考察方法の若干の検討」思想 571 号（1972/01） 40-60 頁
- [山口・役務提供契約（2013）]  
山口幹雄「役務提供契約の法的規制に関する一考察」松浦好治=松川正毅=千葉恵美子編『市民法の新たな挑戦—加賀山茂先生還暦記念』信山社（2013/1/30） 461-522 頁
- [横山・個人の尊厳と社会通念（2013）]  
横山 美夏「個人の尊厳と社会通念：事故物件に関する売主の瑕疵担保責任を素材として（特集 憲法の射程）」法時 85 卷 5 号（2013/05） 11-16 頁
- [渡辺・違憲審査と社会通念（1993）]  
渡辺 康行「違憲審査の正当性と（コンセンサス）ないし（社会通念）（憲法状況の展望・世界と日本<特集>）」ジュリ 1022 号（1993/05/15） 129-134 頁